

PROCESSO - A. I. Nº 298578.0003/17-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CONSÓRCIO MOBILIDADE BAHIA
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0056-01/18
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INERNET: 13/03/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0389-12/19

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. REGIME SIMPLIFICADO PARA EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. De 01/01/2014 a 24/04/2014 o autuado não estava sujeito ao pagamento de ICMS pelo Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil, pois não havia assinado o necessário termo de acordo, sendo nula a exigência fiscal nesse período. Da análise das aquisições ocorridas de 25/04/2014 a 31/12/2015 foram afastadas as exigências fiscais relativas às aquisições de mercadorias consideradas como destinadas ao sistema metroviário. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de ofício interposto em relação à Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$226.541,55, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS devido nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo e bens do ativo, conforme regime simplificado de tributação para empresas de construção civil (02.15.01), ocorrido nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresenta defesa, às fls.85 a 105. A autuante apresentou informação fiscal, às fls. 1.531 a 1.535. A 1ª JJF julgou pela Procedência Parcial nos seguintes termos:

VOTO

Afasto toda discussão acerca da inconstitucionalidade da multa aplicada no presente auto de infração. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual e a multa aplicada está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF.

Rejeito o pedido de nulidade do auto de infração sob a alegação de erro no enquadramento legal. Consta na descrição da infração que o autuado deixou de recolher o ICMS devido nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo e bens do ativo, conforme regime simplificado de tributação para empresas de construção civil. Citou no enquadramento legal os arts. 484 a 486 do RICMS que tratava do Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil.

O autuado alegou que teve seu direito de defesa cerceado em decorrência da imprecisão das informações que fundamentaram o auto de infração. Entretanto, a autuante observou um suposto não pagamento de imposto e fez a reclamação de ofício com base nos dispositivos legais que previa a sua exigência. O suposto enquadramento em hipótese de isenção deve fazer parte do cabedal de alegações de defesa do autuado, para justificar o não pagamento do ICMS detectado pela autuante. Assim, a citação de dispositivo de isenção de ICMS, que poderia ser aplicado às aquisições que foram objeto deste auto de infração, não poderia constar no enquadramento legal, pois representa motivo de afastamento da exigência fiscal quando aplicada ao caso concreto.

Quanto à indicação de suposta aplicação de alíquota de 4% na apuração do imposto exigido neste auto de

infração, concluo que os valores apurados no demonstrativo anexado em CD à fl. 75 resultaram da aplicação da alíquota de 3%, conforme indicado em coluna denominada “Aliq. Déb.”. Os valores apurados neste demonstrativo na coluna denominada “Dif a Rec” foram trazidos em seus valores nominais para a coluna “Valor Histórico” do auto de infração e para a coluna “Débito” do Demonstrativo de Débito às fls. 04 e 05.

A indicação de alíquota de 4% não implicou em exigência superior à prevista na legislação, pois de fato o imposto foi exigido pela alíquota de 3%. A indicação da alíquota de 4% veio acompanhada de uma redução na base de cálculo das operações efetivamente realizadas de forma que a carga tributária permaneceu em 3%. Essa imperfeição na produção do auto de infração, decorre da não previsão nos sistemas informatizados da SEFAZ de existência de alíquota diferente das normalmente aplicáveis em operações internas e interestaduais. Assim, fica afastada qualquer diligência visando o recálculo do imposto devido, pois os valores históricos que estão sendo exigidos correspondem aos apurados no demonstrativo em CD à fl. 75, cuja alíquota aplicada foi de 3%.

O autuado é empresa de construção civil, inscrita no Cadastro do ICMS com atividade econômica de “construção de rodovias e ferrovias”, vencedora de licitação para implantação e operação do sistema metroviário de Salvador e Lauro de Freitas. Nesta condição, passou a ser beneficiária da isenção do ICMS nas aquisições de bens e mercadorias destinadas ao referido sistema metroviário a partir de 17/02/2014, com base em autorização concedida pelo Diretor da DAT METRO, conforme Parecer nº 3.886/2014 (fl. 262).

Convém destacar que o benefício contido no inciso LIV do art. 264 do RICMS alcança qualquer mercadoria que seja empregada na construção, manutenção e operação do sistema metroviário, seja ela classificada como material de uso ou consumo ou como bem do ativo, devendo, contudo, ser incorporado ao sistema metroviário, conforme a seguir:

“LIV - as operações internas e interestaduais, bem como as aquisições interestaduais relativamente ao diferencial de alíquotas, com bens e mercadorias destinados a sistemas de trens urbanos e metropolitanos (metrô) e demais redes de transportes públicos sobre trilhos de passageiros, sendo que (Conv. ICMS 94/12):”.

O benefício de isenção do inciso LIV do art. 264 do RICMS foi inserido com base nas disposições contidas no Convênio ICMS 94/12. A cláusula terceira do citado convênio estabelece que:

“Cláusula terceira A fruição do benefício de que trata este Convênio fica condicionada à comprovação do efetivo emprego das mercadorias e bens na construção, manutenção ou operação das redes de transportes públicos sobre trilhos de passageiros que se refere a Cláusula primeira, na forma e nas condições estabelecidas pela legislação interna.”.

O item 1 da alínea “b” do inciso LIV do art. 264 do RICMS, em relação à condição estabelecida na cláusula terceira do Convênio ICMS 94/12, trouxe a seguinte redação:

“b) a fruição do benefício de que trata este inciso fica condicionada:

1 - à comprovação do efetivo emprego das mercadorias e bens na construção, manutenção ou operação das redes de transportes públicos de passageiros sobre trilhos;”.

Desse modo, verifico que a legislação da Bahia se omitiu em relação à forma e às condições que deveriam ser estabelecidas para comprovação pelo contribuinte acerca do efetivo emprego das mercadorias e bens na construção, manutenção ou operação do sistema metroviário. Apenas repetiu o texto que exigia a comprovação do efetivo emprego como condição para fruição do benefício.

A constituição de um consórcio especificamente formado para a realização de determinada obra, com orçamentos pré-definidos, já seria um indicativo de que suas aquisições são efetivamente destinadas àquela obra.

A omissão da legislação baiana em definir a forma e condição para comprovação do emprego das mercadorias no sistema metroviário não pode ser suprida por quaisquer documentos ventilados pela autuante. Não havia obrigação previamente definida na legislação que impusesse ao autuado a guarda de projetos ou cronogramas com a finalidade de servir de comprovação de emprego das mercadorias adquiridas no sistema metroviário, tornando impossível o atendimento da apresentação pelo autuado dos documentos sugeridos pela autuante na informação fiscal.

De acordo com o Parecer nº 9552/2014, finalizado em 25/04/2014 (fl. 1.541), o autuado efetivamente assinou termo de acordo com a SEFAZ visando a adoção do Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil, previsto nos arts. 484 a 486 do RICMS. Apesar de exercer de uma maneira geral atividade fora do campo de incidência do ICMS, apresentou requerimento declarando-se contribuinte do imposto e obteve com o citado termo de acordo a condição de adquirir mercadorias oriundas de outras unidades da Federação com aplicação da alíquota interestadual e recolhimento de imposto complementar no percentual de 3%. O autuado obteve, ainda, atestado da SEFAZ reconhecendo a sua condição de contribuinte do ICMS, conforme Parecer nº 18.120/2014, finalizado em 29/07/2014 (fl. 1.542).

O fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, sujeito ao ICMS, permitiu ao autuado o reconhecimento da condição de contribuinte do ICMS e a fruição do citado tratamento tributário dispensado às empresas de construção civil.

Entretanto, a exigência do imposto pelo Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil somente seria admissível a partir de 25/04/2014, data da finalização do processo que concedeu o necessário termo de acordo.

Diante do exposto, concluo que as aquisições efetuadas pelo autuado entre 01/01/2014 até 24/04/2014, período anterior à data da concessão de termo de acordo para fruição do Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil, não poderiam ser exigidas nos termos do referido regime. Assim, é nula a exigência fiscal desse período, devendo ser refeita a ação fiscal visando a cobrança com fulcro no regime a que estão sujeitos os contribuintes que apuram o imposto pelo conta-corrente fiscal.

Por outro lado, da análise das aquisições ocorridas entre 25/04/2014 a 31/12/2015, afasto a exigência em relação às mercadorias classificadas pelo autuado como “isenção aplicável” na planilha anexada às fls. 151 a 258, por entender tratar-se de mercadorias que foram efetivamente destinadas ao sistema metroviário.

Desse modo, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de infração, ficando a exigência fiscal reduzida para R\$82.175,19, nos seguintes termos e conforme planilha analítica anexada em mídia CD à fls. 1.543:

DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
31/10/2014	6.813,00
28/02/2015	5.099,41
31/03/2015	6.719,14
30/04/2015	884,34
31/05/2015	12.409,04
30/06/2015	8.668,96
31/07/2015	10.361,66
31/08/2015	15.903,82
31/12/2015	15.315,82
TOTAL	82.175,19

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício cabível, interposto pela 1ª JJF, face o Acórdão nº 0056-01/18, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, reduzindo o ICMS lançado, no valor histórico de R\$226.541,55, para o valor atualizado de R\$82.175,19, fato que justifica o reexame necessário do presente feito nesta corte.

Após discorrer sobre a nulidade do auto de infração, sob a alegação de erro no enquadramento legal, o que foi negado, esclareceu que a empresa atua no ramo da construção civil e que conjuntamente com a CER – Companhia de Metrô da Bahia, firmaram contrato com o Estado da Bahia, de concessão em parceria público privada (PPP), para implantação e execução de obra do Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas (“SMSL”).

O colegiado de piso, no mérito, apontou que consta na descrição da infração que o autuado deixou de recolher o ICMS devido nas aquisições interestaduais de mercadorias, material de uso ou consumo e bens do ativo, conforme regime simplificado de tributação para empresas de construção civil. Citou, no enquadramento legal, os arts. 484 a 486 do RICMS, que tratavam do Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil, o descumprimento do art. 264, LIV do Regulamento de ICMS/BA, que estabelece a isenção do ICMS nas operações de aquisições interestaduais de bens e mercadorias destinadas ao sistema de trens urbanos e metropolitanos, baseado no Convênio ICMS 94/2012.

Convalidando, assim, o autuado ser empresa de construção civil, inscrita no Cadastro do ICMS com atividade econômica de “construção de rodovias e ferrovias”, vencedora de licitação para

implantação e operação do sistema metroviário de Salvador e Lauro de Freitas. Nesta condição, passou a ser beneficiária da isenção do ICMS nas aquisições de bens e mercadorias destinadas ao referido sistema metroviário, a partir de 17/02/2014, com base em autorização concedida pelo Diretor da DAT METRO, conforme Parecer nº 3.886/2014 (fl. 262).

Apesar de exercer, de uma maneira geral, atividade fora do campo de incidência do ICMS, apresentou requerimento, declarando-se contribuinte do imposto e obteve com o citado termo de acordo a condição de adquirir mercadorias oriundas de outras unidades da Federação com aplicação da alíquota interestadual e recolhimento de imposto complementar no percentual de 3%. O autuado obteve, ainda, atestado da SEFAZ reconhecendo a sua condição de contribuinte do ICMS, conforme Parecer nº 18.120/2014, finalizado em 29/07/2014 (fl. 1.542). Entretanto, a exigência do imposto pelo Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil somente seria admissível a partir de 25/04/2014, data da finalização do processo que concedeu o necessário termo de acordo.

Salienta que não poderia deixar de afirmar que as aquisições efetuadas pelo autuado entre 01/01/2014 até 24/04/2014, período anterior à data da concessão do termo de acordo para fruição do Regime Simplificado de Tributação para Empresas de Construção Civil, não poderiam ser exigidas nos termos do referido regime. Assim, é nula a exigência fiscal desse período, devendo ser refeita a ação fiscal, visando a cobrança com fulcro no regime a que estão sujeitos os contribuintes que apuram o imposto pelo sistema do conta corrente fiscal.

Sustento, ainda, o mesmo entendimento da exclusão realizada pelo opinativo de piso, nas aquisições ocorridas entre 25/04/2014 a 31/12/2015, afastando, por conseguinte a exigência em relação às mercadorias constante na planilha anexada às fls. 151 a 258, por entender tratar-se de mercadorias que foram efetivamente aplicadas na obra do sistema metroviário.

Do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao presente Recurso de Ofício, para manter a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298578.0003/17-6**, lavrado contra **CONSÓRCIO MOBILIDADE BAHIA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$82.175,19**, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS